

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE RÉSULTANT DES
RÈGLES DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL
Le refus d'accommoder le droit des femmes enceintes de
s'absenter du travail

Auteur(s) : Maurice DRAPEAU

Revue : RDUS, 1997-1998, volume 28, numéro 1-2

Pages : 215-255

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12741>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12741>

Page vide laissée intentionnellement.

ARTICLE

LA DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE RÉSULTANT DES RÈGLES DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL*

Le refus d'accommoder le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail

par Maurice DRAPEAU**

L'adaptation du monde du travail à la présence des femmes dépend, dans une large mesure, de la possibilité pour celles-ci d'allier travail salarié et maternité. C'est pourquoi les employeurs ont l'obligation légale de respecter le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail sans qu'elles en soient indûment pénalisées, y compris lors du renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée.

L'auteur tente ici de simplifier l'état complexe du droit à ce sujet en démontrant que la solution pour contrer la discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail réside, dans tous les cas, dans l'application de l'obligation d'accommodement raisonnable, laquelle se traduit le plus souvent par le remplacement temporaire de la travailleuse en congé de maternité.

En d'autres termes, les absences temporaires pour des raisons de grossesse doivent être considérées comme faisant irrémédiablement partie de la nouvelle réalité du monde du travail à laquelle les employeurs n'ont d'autre choix que de s'adapter.

Adapting the workplace to the presence of women depends, in great measure, upon the ability to reconcile the exigencies of employment with those

*. Cet article présente le chapitre 3 de notre projet de thèse de doctorat en droit (Université de Montréal) portant sur «La discrimination fondée sur la grossesse».

**.. Avocat et Conseiller juridique à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec. Je remercie le professeur André Morel (Faculté de droit de l'Université de Montréal) ainsi que mon collègue Me Pierre-Yves Bourdeau pour leurs précieux commentaires. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que leur auteur.

resulting from pregnancy. It is for this reason that employers have the legal duty to respect the right of pregnant women to absent themselves from work without being penalized, either during employment or upon renewal of a fixed-term employment contract.

In order to simplify the complexities of the law on this issue, the writer suggests that the solution to pregnancy-based discrimination, as it relates to worker presence, must rely upon the concept of reasonable accomodation, which, in most cases, would result in the temporary replacement of a worker on maternity leave. Indeed, employers must accept the fact that temporary leaves of absence due to pregnancy are now part and parcel of the new reality in the workplace.

SOMMAIRE

INTRODUCTION: UN MOTIF VALABLE DE S'ABSENTER DU TRAVAIL POUR PERMETTRE D'ALLIER TRAVAIL SALARIÉ ET MATERNITÉ	219
I. LE CONFLIT ENTRE LA RÈGLE DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL ET LE DROIT DE S'ABSENTER DU TRAVAIL POUR DES RAISONS DE GROSSESSE	222
A. LA DISCRIMINATION DIRECTE CONSISTANT À PRÉVENIR DES ABSENCES POUR DES RAISONS DE GROSSESSE	223
B. LA DISCRIMINATION INDIRECTE CONSISTANT À REFUSER D'ACCOMMODER LE BESOIN DE S'ABSENTER DU TRAVAIL POUR DES MOTIFS LIÉS À LA GROSSESSE	226
C. DEUX APPROCHES MINIMISANT LES CONSÉQUENCES DU DOUBLE CADRE D'ANALYSE	228
1. Une discrimination souvent multiforme	228
2. Une approche intégrée	229
II. LES MANIFESTATIONS DE LA DISCRIMINATION RÉSULTANT DES RÈGLES DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL	230
A. LA DISCRIMINATION AU MOMENT DE L'EMBAUCHE	230
B. LA DISCRIMINATION EN COURS D'EMPLOI	231
1. La rétrogradation	231
2. Le refus de promotion	233
3. Le congédiement	234
4. Le non-renouvellement du contrat de travail	236
III. LE DROIT DES FEMMES ENCEINTES DE S'ABSENTER DU TRAVAIL	248
A. UN ACCOMMODEMENT DICTÉ PAR LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'EMPLOI SANS DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE	248

- B. LE DROIT AU CONGÉ DE MATERNITÉ COMME
ACCOMMODEMENT LÉGAL PRESCRIT PAR LA LOI SUR
LES NORMES DU TRAVAIL 250
- C. LA PREUVE D'UNE CONTRAINTE EXCESSIVE ... 252

**CONCLUSION: L'ADAPTATION DU MONDE DU TRAVAIL À LA
PRÉSENCE DES FEMMES 254**

INTRODUCTION : UN MOTIF VALABLE DE S'ABSENTER DU TRAVAIL POUR PERMETTRE D'ALLIER TRAVAIL SALARIÉ ET MATERNITÉ

Il y a à peine quelques décennies, les contrats de travail ou les politiques de gestion des ressources humaines de certains des plus grands employeurs prévoyaient expressément que ceux-ci n'embaucheraient pas de femmes enceintes ou que les travailleuses qui le devenaient devaient prendre un congé forcé, quand on ne les obligeait pas tout simplement à démissionner de leur emploi. À titre de justification, on invoquait soit des motifs de sécurité, soit des raisons de non-disponibilité, ou encore le fait que l'apparence de la travailleuse enceinte serait mal perçue. En rappel historique à la mémoire collective, souvenons-nous que la politique des forces armées canadiennes à l'égard des employés civils considérait que la femme enceinte devenait *ipso facto* inapte au travail. L'actualité a également suivi la réputée affaire des compagnies aériennes qui, invoquant des raisons de sécurité, «clouaient au sol» les hôtesses de l'air dès le premier tiers de leur grossesse. Enfin, le témoignage d'enseignantes nous rappelle le cas des commissions scolaires qui, jusqu'au début des années soixante-dix, exigeaient que les enseignantes ne retournent pas en classe lorsque leur grossesse devenait «visible».

Nous citerons comme exemple de politique officielle d'exclusion générale, qui fut pratiquée jadis et que l'on considérerait aujourd'hui injustifiable, l'affaire *McAlpine et Forces canadiennes*.¹ Un contrat de travail à titre de commis pour une durée déterminée fut offert à Madame McAlpine. Mais, dès qu'il apprit qu'elle était enceinte, l'employeur retira son offre : jusqu'en 1983, la politique des forces armées canadiennes était de ne pas embaucher de femmes enceintes. Selon l'euphémisme qui avait cours dans le milieu, elle avait «échoué son examen médical». Érigées en règle d'emploi, de telles exclusions générales en raison de la grossesse sont totalement injustifiées, et ne pas être enceinte ne saurait en aucune manière être considéré comme qualité requise par l'emploi au sens de la Charte.

1. *McAlpine c. Canada (Forces armées)*, [1988] 9 C.H.R.R. D/5190 (T.C.D.P.), infirmé en appel sur la question des dommages qui ne pourraient inclure les prestations d'assurance chômage perdues (1989) 12 C.H.R.R. D/253 (C.F.A.).

Fort heureusement, de telles politiques générales d'exclusion des femmes enceintes aussi manifestement discriminatoires sont aujourd'hui difficiles à imaginer. De nos jours, la principale source d'exclusion résulte de l'application des règles de disponibilité au travail, lesquelles ne tiennent pas compte du besoin des femmes enceintes de s'absenter du travail pour des raisons liées à leur grossesse. En réaction au fait que la femme enceinte doive s'absenter du travail, ou prévoyant le fait qu'une femme pourra éventuellement prendre un congé de maternité, des employeurs les refusent fréquemment à l'embauche ou procèdent ultérieurement à leur renvoi.

La discrimination résultant des règles de disponibilité au travail constitue un sujet d'intérêt juridique et social d'autant plus important que la Cour d'appel du Québec aura bientôt la tâche d'examiner la question dans plusieurs causes qui soulèvent le problème particulier du non-renouvellement de contrats de travail à durée déterminée, au motif que la travailleuse enceinte est réputée ne pas être immédiatement disponible, ou ne pourra être disponible pour toute la durée du contrat.²

Lorsque les règles de disponibilité au travail annihilent le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail, ou ont pour effet de les empêcher d'acquérir le droit au congé de maternité, elles constituent sans nul doute de la

2. Nous avons recensé cinq décisions actuellement pendantes devant la Cour d'appel du Québec. Dans trois décisions, les tribunaux ont jugé que le fait de ne pas offrir un emploi à temps partiel parce que l'enseignante ne serait pas disponible étant donné qu'elle devra accoucher incessamment, constitue une discrimination indirecte fondée sur la grossesse; même si la disponibilité est une aptitude ou une qualité requise par l'emploi, la commission scolaire n'a pas rempli ici son devoir d'accommodement : *Commission scolaire du Lac-St-Jean c. Caron*, D.T.E. 94T-457 (C.S.), M. le juge Bernard [ci-après *Commission scolaire du Lac-St-Jean*] (en appel); *Gobeil c. Ménard* (le 27 juin 1994), Québec 200-05-003484-933 (C.S.) M. le juge Philippon [ci-après *Gobeil*] (en appel); et *C.D.P.Q. c. Commission scolaire de Jean-Rivard*, [1995] R.J.Q. 2245 (T.D.P.Q.), Mme le juge Rivet [ci-après *Commission scolaire de Jean-Rivard*] (en appel). Deux autres décisions sont à l'effet contraire : s'appuyant sur les règles générales du droit civil des contrats, elles ont décidé qu'il n'y avait plus aucune obligation de la part de l'employeur qui, à la fin d'un contrat, serait justifié de ne pas renouveler ce dernier : *Syndicat du personnel de l'enseignement du Nord de la capitale c. Morin*, D.T.E. 94T-768 (C.S.) (en appel); *Musée de la civilisation c. Syndicat de la fonction publique du Québec*, (1995)T.A. 919 [ci-après *Musée de la civilisation*] (évocation rejetée, le 14 novembre 1995) Québec 200-05-002082-951 (C.S.) (en appel).

discrimination fondée sur la grossesse. En effet, le célèbre arrêt de principe rendu en la matière par la Cour suprême du Canada dans *Brooks c. Canada Safeway*³ a consacré, outre le fait que cette discrimination fondée sur la grossesse constitue une discrimination fondée sur le sexe, le principe que «la grossesse est un motif de santé valable de s'absenter du travail».⁴ Par ailleurs, la *Loi sur les normes du travail*⁵ confère aux travailleuses enceintes le droit au congé de maternité, et ce, non seulement pour des raisons de santé, mais aussi pour donner les soins nécessaires au nouveau-né. Protéger juridiquement le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail, signifie qu'on prend en compte la situation et les besoins particuliers des femmes qui forment désormais une partie importante de la main-d'oeuvre. Les milieux de travail ont donc l'obligation légale de s'adapter à cette réalité sociale.

La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail se trouve actuellement examinée selon deux cadres d'analyse par les tribunaux. Lorsque la femme enceinte demeure disponible au travail, les tribunaux qualifient la discrimination de directe; lorsqu'elle n'est plus disponible, ayant pris son congé de maternité, ils qualifient la discrimination d'indirecte. Ce double cadre d'analyse du Canada doit être réexaminé à la suite de l'arrêt *Stratford*,⁶ dans lequel la Cour suprême a imposé une distinction entre la solution de rechange à la discrimination directe, et l'obligation d'accommodement pour corriger l'effet de la discrimination indirecte. Or, cette position a pour effet pervers d'écarter l'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe.

Face à cet état complexe du droit, nous chercherons à simplifier l'analyse en démontrant que, peu importe la qualification de la forme de discrimination, la solution pour contrer la discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail réside dans l'application du

-
3. [1989] 1 R.C.S. 1219 (ci-après *Brooks*).
 4. *Ibid.* à la p. 1237. Rappelons que depuis 1982, l'article 10 de la *Charte québécoise* a expressément prévu la grossesse comme motif de discrimination.
 5. L.R.Q. c. N-1.1 (ci-après L.N.T.).
 6. *Corporation municipale de Stratford c. Large*, [1995] 3 R.C.S. 733 (ci-après *Stratford*). Nous avons procédé à une critique de cet arrêt dans M. Drapeau, «De l'obligation d'accommoder les besoins spécifiques des travailleuses enceintes» (1998) R.J.T. (à paraître).

principe de l'arrêt *Brooks*, selon lequel il faut prioritairement tenir compte du besoin des femmes enceintes de s'absenter du travail. C'est en invoquant cet énoncé de principe que plusieurs instances ont jugé que les employeurs avaient l'obligation d'accommoder les besoins des travailleuses enceintes de s'absenter du travail : en cas d'absence pour un congé de maternité, l'accommodement raisonnable à considérer est le remplacement temporaire de la travailleuse.⁷

Pour étayer la nécessité de l'obligation d'accommodement dans toutes les situations de discrimination, y compris en cas de discrimination directe, nous présenterons deux arguments d'interprétation. D'abord, nous montrerons que les deux formes de discrimination se présentent souvent de façon cumulative, ce qui en fait une discrimination multiforme donnant accès à diverses mesures d'accommodement. Ensuite, dans un souci de synthèse qui permettrait d'appliquer les mêmes règles, que la discrimination soit qualifiée de directe ou d'indirecte, nous démontrerons que la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸ ne prévoit qu'un seul moyen de défense en cas de discrimination : la défense relative aux qualités requises par l'emploi, dans les limites de laquelle on doit considérer si l'employeur a satisfait à l'obligation d'accommodement.

I. LE CONFLIT ENTRE LA RÈGLE DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL ET LE DROIT DE S'ABSENTER DU TRAVAIL POUR DES RAISONS DE GROSSESSE

À partir du moment où l'on considère que le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail fait partie du droit à l'égalité dans l'emploi, l'on peut mieux voir l'effet discriminatoire de certaines règles de disponibilité au travail qui nient, ou compromettent, ce droit.

7. Nous examinerons notamment les décisions suivantes. En droit québécois : Caron, *supra* note 2; C.D.P.Q. *supra* note 2. En droit canadien : *Davies c. Century Oil* (1986), [1987] 8 C.H.R.R. D/3770 (B.C. Human rights council) [ci-après *Davies*]; *Mongrain c. Canada (ministère de la Défense)*, [1992] 1 C.F. 472 (C.A.) [ci-après *Mongrain*]; *Jenner c. Pointe West Development Corp.* (1993), [1994-1995] 21 C.H.R.R. D/336 (Ont. Bd of Inquiry) [ci-après *Jenner*].

8. L.R.Q. c. C-12 [ci-après la Charte ou la Charte québécoise].

Après avoir présenté le schéma d'analyse en cas de discrimination directe ou de discrimination indirecte, nous tenterons de minimiser les conséquences que la distinction pourrait avoir sur l'accès à des mesures d'accommodement en cas de discrimination directe depuis l'arrêt *Stratford*.⁹ Nous élaborerons d'abord le cadre d'analyse de la discrimination multiforme qui, à notre avis, permet le mieux d'examiner les nombreuses situations où la discrimination est la fois directe et indirecte. Ensuite, dans un effort de synthèse des dispositions pertinentes de la Charte québécoise, nous chercherons à démontrer qu'il est possible d'interpréter l'article 10 (qui prohibe la discrimination), l'article 20 (qui prévoit [exceptionnellement] la défense relative aux qualités requises par l'emploi) et l'article 49 (qui prescrit la sanction de la discrimination illicite), comme des dispositions créatrices d'une obligation générique d'accommodement applicable à toute situation de discrimination.

A. LA DISCRIMINATION DIRECTE CONSISTANT À PRÉVENIR DES ABSENCES POUR DES RAISONS DE GROSSESSE

Dans l'état actuel du droit, on peut dire qu'il y a discrimination directe fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail, lorsque l'employeur exclut de l'emploi les femmes enceintes, ou susceptibles de le devenir, parce qu'il envisage qu'elles devront un jour s'absenter du travail en raison de leur grossesse. En effet, l'employeur qui refuse d'embaucher, renvoie ou, de quelque façon que ce soit, exclut de l'emploi des femmes qui sont encore aptes et disponibles à exécuter leurs tâches, au motif qu'elles sont enceintes ou nourrissent des projets en ce sens, leur impose du fait même de la grossesse actuelle ou projetée, un traitement inégal.

Dans les circonstances où il y a un traitement inégal, constitutif *prima facie* d'une discrimination directe, il appartient à l'employeur de prouver que cette distinction est justifiée en tant que qualité requise par l'emploi au sens de l'article 20 de la Charte. Pour ce faire, il doit prouver non seulement la rationalité de la règle, mais aussi l'absence de solution de rechange. Or, le fardeau de la preuve est d'autant plus difficile à établir que la femme enceinte demeure toujours apte et disponible à l'emploi et, lorsqu'elle devra s'absenter

9. *Supra* note 6.

du travail pour motif de grossesse, le congé de maternité pourra constituer une solution de rechange à la discrimination. À défaut de prouver que l'exigence de ne pas être enceinte, ou celle ne pouvoir s'absenter du travail pour des raisons de grossesse, constitue une qualité requise par l'emploi, la règle de disponibilité au travail telle qu'elle est appliquée aux travailleuses enceintes sera sanctionnée par son annulation.

Comme exemple de pratiques de discrimination directe qui a toujours cours, citons l'affaire *Jenner*.¹⁰ L'employeur, qui exploitait un snack bar dans un club de golf, a refusé de réembaucher Madame Jenner pour une seconde saison parce qu'elle était enceinte. Il voulait quelqu'un qui serait disponible pour toute la saison (la saison de golf s'étendait sur environ six mois, d'avril à novembre, alors que l'accouchement était prévu pour le 31 août). Bien que Madame Jenner voulait travailler jusqu'à la naissance de l'enfant et revenir au travail seulement trois semaines après l'accouchement, l'employeur a pris la décision de ne pas la réembaucher, sans s'informer ni de sa disponibilité, ni des mesures d'accommodement qui auraient pu être prises.

La commissaire a jugé qu'il s'agissait d'un cas de discrimination directe. À son avis, l'employeur traitait le fait d'être enceinte comme étant équivalent à : ne pas être disponible pour toute la saison. Or, on ne peut dissocier le fait de «prendre quelque temps pour avoir un bébé» du fait d'être «enceinte».¹¹ La commissaire a conclu que la disponibilité pour toute la saison ne constituait pas une qualité requise par l'emploi, puisque l'employeur n'avait pas considéré les accommodements possibles alors que madame Jenner aurait pu être remplacée pendant les trois semaines où elle se serait absentée pour la naissance de son enfant.¹²

Dans les provinces qui, contrairement à l'Ontario maintenant, ne comportent pas de disposition expresse sur l'application de l'obligation d'accommodement à toutes les formes de discrimination, il faudra plutôt

10. Jenner, *supra* note 7.

11. *Ibid.* à la p. 339, n° 20.

12. Précisons que, s'il est ici question d'obligation d'accommodement et non de solution de rechange à la discrimination directe, c'est parce que depuis 1990 le Code ontarien prévoit expressément l'obligation d'accommodement quelle que soit la forme de discrimination.

considérer que les mesures qualifiées d'accommodement constituent des solutions de rechange à la discrimination directe. Ainsi, après avoir conclu que le fait d'être disponible pour toute la durée du contrat n'est pas une qualité requise par l'emploi et constitue une discrimination directe lorsque la femme enceinte est disponible au travail, on peut généralement constater qu'il existe une solution de rechange, pour la période où elle devra s'absenter en congé de maternité, consistant le plus souvent à pourvoir à son remplacement temporaire. Étant donné que la mesure est d'application générale, c'est-à-dire qu'elle peut s'appliquer à toute travailleuse enceinte, et qu'elle est temporaire, elle devrait pouvoir être considérée comme une solution de rechange acceptable, en ce qu'elle ne constitue pas un accommodement individuel, comme le réaménagement des fonctions, que l'arrêt *Stratford* écarta dans le cas où la discrimination est directe.

En résumé, selon le cadre d'analyse de la discrimination qualifiée de directe, l'exigence de disponibilité au travail posée pour l'avenir, alors que la femme enceinte est encore apte au travail et disponible, est si étroitement liée à la grossesse qu'elle équivaut, ni plus ni moins, à l'exigence de ne pas être enceinte. Cette position offre l'intérêt de mettre l'accent sur la disponibilité immédiate de la travailleuse enceinte et, par conséquent, de considérer qu'elle possède, dans l'immédiat à tout le moins, les qualités requises par l'emploi.

En semblables espèces, il suffit d'envisager la discrimination selon la perspective de la disponibilité immédiate de la travailleuse enceinte pour qu'apparaisse clairement le lien direct de l'exclusion en relation avec la grossesse. Ainsi, dans l'affaire *Davies*,¹³ le refus d'embauche eut lieu près de deux mois avant la date prévue de l'accouchement. Dans l'affaire *Magee*,¹⁴ la décision de rétrogradation a été prise immédiatement après que la travailleuse eut annoncé qu'elle était en début de grossesse, ce qui impliquait un congé de maternité en fin de grossesse. Dans l'affaire *Wormsbecker*,¹⁵ l'employeur a

13. *Davies*, *supra* note 7. Conf. par [1988] 9 C.H.R.R. D/4659 (B.C.S.C.).

14. *Magee c. Warner Lambert Canada Inc.*, [1990] 12 C.H.R.R. D/208 (B.C. Human rights council) [ci-après *Magee*].

15. *Wormsbecker c. Super Value and Westfair Foods* (1980), [1981] 2 C.H.R.R. D/348 (Sask. Bd of Inquiry) et (1981) [1983] 4 C.H.R.R. D/1443 sur les dommages.

refusé d'accorder une promotion à la travailleuse enceinte parce qu'elle aurait à s'absenter dans le futur pour un congé de maternité.

B. LA DISCRIMINATION INDIRECTE CONSISTANT À REFUSER D'ACCOMMODER LE BESOIN DE S'ABSENTER DU TRAVAIL POUR DES MOTIFS LIÉS À LA GROSSESSE

Lorsque la femme enceinte n'est plus disponible en raison de sa grossesse, on peut alors se référer au cadre d'analyse de la discrimination indirecte pour examiner l'effet discriminatoire des règles de disponibilité au travail. Même si la règle est apparemment neutre lorsqu'elle s'applique indistinctement à tous les employés, elle n'en a pas moins pour effet d'exclure les femmes enceintes, compte tenu des caractéristiques de la grossesse. Pour corriger cet effet discriminatoire, l'employeur devra prendre des mesures d'accommodement en autorisant les absences du travail nécessitées par l'état de grossesse. Dans ces circonstances, il revient à l'employeur de démontrer que son exigence ne peut faire l'objet d'un accommodement sans contrainte excessive.

Le cadre d'analyse de la discrimination indirecte, défini par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *O'Malley c. Simpsons-Sears*,¹⁶ a été appliqué à la discrimination résultant des règles de disponibilité au travail par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Mongrain c. Canada (ministère de la Défense nationale)*,¹⁷ qui constitue à ce jour un précédent en la matière.

Madame Mongrain, professeure de français dans un collège militaire, avait obtenu des contrats pour des périodes successives à partir de 1981. En cours de contrat, elle a informé son supérieur qu'elle désirait s'absenter de son travail en raison de sa grossesse. L'employeur lui a offert une prolongation de contrat, à condition qu'elle soit disponible pour toute la période concernée. La plaignante a accepté l'offre de contrat, mais l'employeur l'a annulée en invoquant sa non-disponibilité pour la période visée (en fait, le congé prévu couvrait toute la durée du contrat). Ce qui caractérise l'arrêt *Mongrain*, c'est le

16. [1985] 2 R.C.S. 536.

17. Mongrain, *supra* note 7.

fait que la plaignante n'était déjà plus disponible au moment du contrat, puisqu'elle avait déjà pris son congé de maternité. C'est donc une règle de disponibilité immédiate qui se trouvait en cause.

Selon la Cour d'appel fédérale, il ne s'agit pas d'une discrimination directe; la règle de disponibilité est neutre, mais comme elle joue en défaveur des travailleuses enceintes, elle donne lieu à une discrimination indirecte. L'effet défavorable -- et le véritable enjeu -- consiste ici en l'interruption du temps de service, qui compromet l'acquisition de la permanence. La Cour d'appel fédérale a jugé que le refus de renouveler le contrat pour cause de non-disponibilité en raison du congé de maternité constituait une discrimination indirecte, car il y avait refus d'accommoder le besoin de s'absenter du travail sous la forme d'un congé de maternité.¹⁸

«La clause de disponibilité et la règle voulant que les employés soient prêts à rendre une prestation de travail sont non seulement parfaitement neutres en apparence mais sont également des conditions implicites de toute offre d'emploi et de tout contrat de travail.

Le problème dans le présent cas provient du fait que l'application de la règle à des employées à terme qui sont enceintes et qui veulent se prévaloir de leur droit de prendre un congé de maternité sans solde produit un effet discriminatoire. Il appartenait alors à l'employeur de démontrer qu'il avait respecté son obligation d'accommodement.»¹⁹

Cette analyse tient compte du fait biologique avéré : une travailleuse enceinte devra inévitablement s'absenter du travail, ne serait-ce que pour le temps de l'accouchement. La règle de disponibilité au travail ne peut que causer un effet discriminatoire à l'endroit des travailleuses enceintes, qui en conséquence, ont le droit d'être accommodées pour que leur absence maternité ne les défavorise pas dans l'emploi. L'obligation d'accommodement de l'employeur est conçue comme une solution pratique pour garantir le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail.

18. C'est également le cadre d'analyse de la discrimination indirecte que la Cour supérieure a appliqué à l'examen d'une règle de disponibilité immédiate, dans Caron, *supra* note 2.

19. *Ibid.* à la p. 485.

C. DEUX APPROCHES MINIMISANT LES CONSÉQUENCES DU DOUBLE CADRE D'ANALYSE

Face à la complexité du double cadre d'analyse de la discrimination directe et de la discrimination indirecte, et face à la qualification ambivalente de la discrimination, celle-ci pouvant souvent être qualifiée de l'une ou l'autre forme selon le point de vue où l'on se place, nous proposons deux approches qui réduisent les effets négatifs de l'exclusion de l'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe.

1. Une discrimination souvent multiforme

Compte tenu de l'ambivalence des décisions portant sur les règles de disponibilité au travail, nous croyons que le cadre d'analyse de la discrimination multiforme, c'est-à-dire celle qui se présente à la fois sous la forme directe et indirecte, peut être appliqué dans les cas de discrimination résultant des règles de disponibilité au travail. L'avantage serait de réconcilier ainsi toutes les approches et de considérer l'obligation d'accommodement dans tous les cas de discrimination. En effet, même lorsque le refus d'embauche ou le renvoi discriminatoire survient lorsque la femme enceinte est encore disponible au travail (discrimination généralement qualifiée de directe), on peut poser la question de l'accommodement dans le futur. Car c'est précisément parce qu'elle s'absenterait plus ou moins prochainement, et donc qu'elle aurait besoin d'être accommodée, que l'employeur refuse de l'embaucher ou met fin à son emploi (ce refus d'accommodement est quant à lui généralement qualifié de discrimination indirecte).

Il y a donc dans l'exclusion d'emploi par anticipation de la travailleuse enceinte une discrimination à la fois directe et indirecte : elle est directe lorsque que la travailleuse enceinte se trouve disponible au travail; elle est indirecte du fait que l'employeur, prévoyant son absence maternité à venir, l'exclut de l'emploi sans considérer qu'il pourrait prendre des mesures d'accommodement. On observe donc que si l'examineur déplace l'accent qui portait sur la disponibilité immédiate de la travailleuse, ce qui permettrait de voir une discrimination directe dans l'exclusion, pour placer cet accent sur la règle de disponibilité future comme une exigence qui serait imposée et attendue de tout

employé, il applique implicitement le cadre d'analyse de la discrimination indirecte. La possibilité de passer aussi aisément d'un cadre d'analyse à l'autre, de celui de la discrimination directe à celui de la discrimination indirecte, s'explique essentiellement par le changement de perspective.

Ainsi, dans l'affaire *Amstrong*,²⁰ même si la travailleuse enceinte était encore disponible au travail, le commissaire a analysé la discrimination reprochée selon la perspective de la discrimination indirecte. En effet, le commissaire ne s'est pas arrêté au fait de la disponibilité immédiate de la travailleuse; il a plutôt mis l'accent sur le caractère apparemment neutre de l'exigence invoquée par l'employeur pour tenter de justifier son appréhension de l'absence à venir. En l'espèce, l'employeur avait invoqué une exigence de disponibilité à long terme sans absence prolongée. Le commissaire a jugé que l'accommodement sous la forme d'un remplacement n'imposait aucune contrainte excessive. Si cette approche présente l'intérêt de pouvoir prendre en considération l'obligation d'accommodement, elle a cependant le défaut de minimiser le fait que l'absence maternité prévisible est inextricablement liée à la grossesse, de sorte que la règle de disponibilité au travail appliquée par anticipation pour éviter le futur congé de maternité est, en pratique, moins neutre qu'elle ne le paraît.

2. Une approche intégrée

Enfin on trouve, dans la Charte québécoise des droits et libertés de la personne [ci-après la Charte], une autre approche qui permet d'aborder encore plus simplement le problème de la discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail. Cette approche nous ramène à la situation antérieure à l'arrêt *Stratford*. Il s'agit d'une approche intégrée en ce que l'on doit moins insister sur la qualification de la discrimination comme étant directe ou indirecte, que s'attacher à rechercher particulièrement une mesure d'accommodement.

20. *Amstrong c. Crest Realty Ltd.*, (1996) 31 C.H.R.R. 156. Voir également *Bonetti c. Plaza Escada*, [1995] 25 C.H.R.R. D/148 (B.C. council of human rights) où la commissaire a examiné une règle de stabilité à l'égard du poste pour toute l'année à venir, qui ne tenait pas compte du besoin d'un congé de maternité.

Cette approche nous apparaît plus en harmonie avec les articles 10, 20 et 49 de la Charte, qui ne distinguent aucune forme de discrimination. L'accommodement raisonnable étant reconnu comme partie intégrante du droit à l'égalité consacré par l'article 10, il doit être considéré dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi, défense exceptionnelle prévue à l'article 20. Par conséquent, son défaut d'exécution doit être sanctionné selon l'article 49, qui prescrit la cessation de l'atteinte discriminatoire au droit à l'égalité.

En effet, compte tenu que l'accommodement est présent dans tout le régime de responsabilité pour discrimination illicite : en tant qu'obligation à l'article 10, en tant que moyen de défense à l'article 20 et en tant que mesure de redressement à l'article 49, force est de reconnaître qu'il doit s'appliquer indistinctement à toute forme de discrimination.

II. LES MANIFESTATIONS DE LA DISCRIMINATION RÉSULTANT DES RÈGLES DE DISPONIBILITÉ AU TRAVAIL

La façon la plus pratique pour examiner les effets de la discrimination résultant des règles de disponibilité au travail consiste à voir comment elle affecte le droit à l'égalité dans l'emploi et les désavantages qu'elle impose.

A. LA DISCRIMINATION AU MOMENT DE L'EMBAUCHE

Cette forme de discrimination consiste en un refus d'embaucher les travailleuses enceintes parce qu'elles sont susceptibles de prendre un congé de maternité. Ainsi, dans *Davies v. Century Oils*,²¹ l'employeur dit avoir refusé d'embaucher une secrétaire enceinte parce qu'elle aurait eu à prendre un congé de maternité peu de temps après le début de son emploi. L'employeur alléguait que «*ce ne serait pas pratique pour la compagnie*», car il aurait fallu la remplacer après quelques mois pour la période de son congé de maternité. L'employeur soutenait que son refus d'embauche n'était pas fondé sur la grossesse, mais plutôt sur une qualité requise par l'emploi, à savoir la

21. *Supra* note 12.

disponibilité continue, ce qui écartait une absence prolongée peu de temps après l'embauche.

La commissaire a jugé que l'exigence de ne pas être enceinte était discriminatoire : cette exigence n'était pas nécessaire et, par conséquent, ne constituait pas une qualité requise par l'emploi. Elle a en outre décidé que l'embauche d'une femme enceinte ayant besoin d'une mesure d'accommodement comme un congé de maternité à venir n'imposait aucune contrainte excessive à l'employeur; la commissaire a rejeté l'argument selon lequel les coûts de remplacement de la travailleuse au moment de son congé de maternité seraient trop élevés, aucune preuve n'ayant été présentée à cet effet. Imaginons un cas où la défense relative aux qualités requises par l'emploi (considérant l'obligation d'accommodement sans contrainte excessive) pourrait être alléguée pour tenter de justifier un refus d'embauche initial. Un employeur offre un contrat de travail de courte durée en exigeant une disponibilité non interrompue par une absence planifiée pour une partie importante de la durée du contrat d'emploi. Il pourrait dans ces circonstances invoquer qu'en raison de son besoin pressant de main-d'oeuvre le remplacement serait difficile à organiser.

B. LA DISCRIMINATION EN COURS D'EMPLOI

1. La rétrogradation

Dans l'affaire *Magee*, la commissaire a jugé que l'employeur était responsable de deux actes discriminatoires : au moment de la première grossesse de son employée, une assistante à l'information médicale, il a refusé de considérer la candidature de celle-ci pour une promotion à un poste de responsable régional parce que son congé de maternité était déjà planifié; à sa seconde grossesse, il l'a rétrogradé comme représentante des ventes de produits pharmaceutiques après qu'elle eut annoncé qu'elle prendrait un congé de maternité.²² La commissaire a considéré que la décision de rétrogradation avait une connexité dans le temps avec l'annonce du congé de maternité projeté, ce qui permettait d'établir un lien avec la grossesse.

22. *Supra* note 14. Sur la rétrogradation au retour d'un congé de maternité, voir *Rachwalski c. E.C.S. Electrical Cable Supply* (1996), [1998] 30 C.H.R.R. D/315.

L'affaire *Magee* contient de plus des éléments de représailles qui peuvent aggraver la discrimination fondée sur la grossesse. Ainsi, la commissaire a considéré que les critiques quant à la compétence de la travailleuse, qui lui ont été communiqués juste avant son congé de maternité, alors que l'employeur ne lui avait pas remis d'évaluation écrite et ne lui avait pas laissé le temps nécessaire pour atteindre les objectifs de production, constituaient aussi une discrimination fondée sur la grossesse. En outre, la décision rappelle deux points importants relativement à la preuve de l'existence d'une discrimination : premièrement, l'utilité de la preuve circonstancielle (équivalente à la preuve par présomption de fait en droit québécois); deuxièmement, la règle jurisprudentielle qu'il est suffisant que le motif de discrimination ait été l'une des raisons ayant joué un rôle dans la décision.²³

Dans l'affaire *Jodoin*, l'employeur a rétrogradé une gérante de magasin avant de la congédier parce que, compte tenu de sa grossesse, elle ne pouvait travailler que huit heures par jour au lieu de douze.²⁴ La commission d'enquête a décidé que le renvoi constituait une discrimination fondée sur la grossesse ; Madame Jodoin aurait pu facilement être accommodée en lui permettant de faire moins d'heures de travail et en pouvant prendre des pauses pour s'asseoir.

Outre la rétrogradation proprement dite, toute modification à la baisse des conditions d'emploi et de travail de la travailleuse enceinte peut constituer une discrimination fondée sur la grossesse, à plus forte raison lorsque de telles détériorations des conditions de travail conduisent à une démission forcée de la travailleuse. Ainsi, dans l'affaire *Rancourt*,²⁵ un restaurateur qui voulait embaucher quelqu'un à temps plein en réduisant les heures d'autres employés, a commis un acte discriminatoire en choisissant de réduire les heures de travail d'une travailleuse enceinte parce qu'elle devait partir pour un congé de maternité prochain. En raison de la réduction de ses heures de travail, Madame

23. Sur le principe qu'il suffit que la discrimination soit l'une des raisons de la décision de l'employeur, voir également : *Holloway c. Clairco Foods Ltd.*, [1983] 4 C.H.R.R. D/1454 (B.C. Bd of Inquiry) [ci-après Holloway]; Davies, *supra* note 7.

24. *Jodoin c. Ciro's Jewellers*, [1996] 25 C.H.R.R. D/39 (Ont. Bd of Inquiry). Notons avec intérêt que la commission a accordé une compensation pour la perte des prestations de maternité pour lesquelles madame Jodoin n'a pu se qualifier à cause du congédiement.

25. *Rancourt c. Alfredo Holdings Ltd.*, [1996] 25 C.H.R.R. D/444 (Sask. Bd of Inquiry).

Rancourt s'est vue forcée de démissionner. Selon la commission d'enquête, le fait d'avoir réduit les heures de travail de cette employée parce que, «de toute façon», elle devait partir en congé de maternité constitue une discrimination fondée sur la grossesse.

2. Le refus de promotion

Dans l'affaire *Wormsbecker*,²⁶ l'employeur a refusé d'accorder à une caissière enceinte une promotion au poste de caissière en chef alors même qu'elle avait reçu la formation en conséquence. Il soutenait que sa décision était fondée sur son absence prochaine en congé de maternité durant une période où sa présence serait requise pour l'ouverture planifiée d'un nouveau magasin, et non sur la grossesse elle-même. Il ajoutait que dans ces circonstances, il aurait refusé tout autre employé qui aurait planifié un congé de quelque nature que ce soit au cours de cette période.

Le commissaire a rejeté cette défense invoquant des raisons d'affaires et a jugé qu'il y avait discrimination compte tenu que le droit de gérance de l'employeur était doublement limité en cas de congé de maternité. Il a en effet fait le lien entre deux mesures de protection des travailleuses enceintes : la prohibition de la discrimination fondée sur la grossesse et le droit à un congé de maternité reconnu dans une loi de protection du travail équivalente à la *Loi sur les normes du travail*.

En commentaire, on peut dire qu'en statuant que la distinction mise de l'avant par l'employeur entre la grossesse et l'absence pour maternité était trop subtile, la décision du commissaire a établi l'équation logique entre la grossesse, comme motif de discrimination, et l'effet inévitablement discriminatoire des exigences de disponibilité au travail qui ne tiennent pas compte de l'incontournable nécessité de s'absenter du travail pour raisons de maternité. Cette décision considérant l'état de grossesse dans un continuum avant et après l'accouchement a mis l'évolution du droit en accord avec les changements

26. *Supra* note 15. Voir également l'affaire *Magee*, *supra* note 14 et les textes correspondants, comme exemple de refus de considérer la candidature d'une travailleuse pour une promotion parce qu'elle aurait bientôt à s'absenter à cause de sa grossesse.

sociaux : l'état de grossesse et la nécessité de l'absence pour maternité sont indissociables.

De plus, au refus de promotion, il faut assimiler le refus de permettre de postuler un autre poste, puisqu'il y a là aussi une entrave à la progression en emploi, même si celle-ci est horizontale plutôt que verticale.

3. Le congédiement

Dans l'affaire *Holloway*,²⁷ le commissaire a jugé que le congédiement d'une caissière enceinte de six mois était fondé sur la grossesse et constituait une discrimination. L'employeur lui avait déclaré au moment du congédiement que «ça ne paraissait pas bien» qu'elle travaille alors qu'elle était enceinte. L'employeur alléguait comme motifs qu'un règlement sur la fermeture le dimanche l'avait obligé à procéder à une réduction du personnel et que le rendement de la travailleuse était inférieur à celui de ses autres employés. Le commissaire a conclu que la grossesse était l'une des raisons du congédiement et il a appliqué la règle jurisprudentielle selon laquelle il suffit que le motif discriminatoire soit l'un des facteurs pris en considération pour que la décision soit discriminatoire. L'employeur a choisi de congédier la travailleuse parce qu'elle était enceinte et parce qu'il entretenait des préjugés sur ses aptitudes physiques et sur l'effet de son apparence sur la clientèle.

Quant à l'aspect de la disponibilité, le commissaire fait observer qu'une femme enceinte qui doit s'absenter du travail pour accoucher est un fait inhérent à chaque grossesse et ne peut constituer un motif juste de congédiement. Ajoutons que ce raisonnement est renforcé par le fait juridique que la *Loi sur les normes du travail* consacre le droit à un congé de maternité et prohibe toutes représailles à l'encontre de la salariée enceinte ou qui prend un congé de maternité.

Dans l'affaire *Patton*,²⁸ le commissaire a jugé que le congédiement d'une secrétaire en congé de maternité, alors que deux autres secrétaires avaient

27. *Holloway*, *supra* note 23.

28. *Patton c. Brouwer and Co.*, [1984] 5 C.H.R.R. D/1946 (B.C. Bd of Inquiry).

été embauchées durant son absence, constituait une discrimination fondée sur la grossesse. Il a conclu que si la travailleuse n'avait pas pris de congé de maternité elle aurait continué à travailler pour la compagnie.

Dans l'affaire *Leclair*,²⁹ une assistante dentaire a été congédiée deux jours après qu'elle eut informé son employeur qu'elle était enceinte. L'employeur prétextait que sa conjointe avait décidé de revenir travailler avec lui. Le commissaire a conclu que le dentiste avait agi ainsi parce qu'il ne voulait pas avoir à former quelqu'un d'autre pour la remplacer durant son congé de maternité.

Ces congédiements discriminatoires montrent combien les préjugés sur le rôle social des femmes s'entrecroisent et se superposent. Il est souvent présumé qu'une femme enceinte qui continue de travailler ne pourra pas accomplir sa tâche comme tout le monde; qu'on sera obligé de faire attention à sa grossesse; qu'une travailleuse enceinte, «c'est des problèmes», «qu'on sera pris pour la remplacer», etc. Or la société a changé, sinon évolué. La présence de plus en plus importante des femmes au travail impose l'abandon de tels préjugés; le monde du travail doit donc lui aussi s'adapter aux nouvelles réalités, et par conséquent, s'appliquer à mettre en oeuvre un ensemble de mesures qui prennent en compte les besoins particuliers à la maternité, et en particulier la nécessité de s'absenter du travail.

29. *Leclair c. Roberge* (1993), [1996] 23 C.H.R.R. D/68 (Ont. Bd of Inquiry).

4. Le non-renouvellement du contrat de travail

Compte tenu de la tendance actuelle à la précarisation généralisée du travail observée ces dernières années (la multiplication du nombre des employés sans sécurité d'emploi : employés sur appel, employés temporaires, employés contractuels, etc.) le non-renouvellement du contrat de travail et le non-rappel au travail liés à une discrimination fondée sur la grossesse présentent un problème social de plus en plus criant sur le plan de l'équité dans l'emploi. Par ailleurs, ainsi que nous avons eu l'occasion de le souligner dans un document de recherche de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, les conséquences de cette précarisation aggravée par cette discrimination peuvent même compromettre la liberté de choix d'avoir des enfants :

«[...] la discrimination fondée sur la grossesse doit être analysée en tenant compte du phénomène de l'augmentation des contrats à durée déterminée, c'est-à-dire les contrats accordés pour des périodes de temps limité, bien qu'ils soient souvent renouvelables pour plusieurs périodes successives.

Dans ce contexte, l'inquiétude réelle des femmes est de se voir refuser un contrat ou un renouvellement de contrat à cause de leur grossesse, ce qui peut avoir l'effet social de forcer plusieurs femmes à renoncer à la maternité.»³⁰

Afin de résoudre le problème particulier du non-renouvellement discriminatoire des contrats de travail à durée déterminée, nous soumettons qu'il y aurait lieu d'y voir non seulement un refus d'embauche, mais aussi une forme de rupture du lien d'emploi, au sens du terme «renvoi» utilisé à l'article 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

En effet, à notre avis, le «renvoi» visé à l'article 16 de la Charte concerne non seulement le congédiement, mais peut s'appliquer aussi à toute forme de

30. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (par Michel Coutu et Maurice Drapeau), *La discrimination en emploi fondée sur la grossesse et le contrat de travail à durée déterminée*, 1994, Cat. 120-15.

rupture de l'emploi. Le sens large du terme «renvoi» nous autorise à l'appliquer aux situations de non-renouvellement de contrat de travail. Cette approche nous apparaît la plus appropriée : elle permet aussi d'examiner le non-renouvellement d'un contrat de travail comme une discrimination en cours d'emploi, et non pas seulement au moment de l'embauche. En effet, on ne doit pas considérer seulement la rupture du contrat de travail lui-même, c'est-à-dire la perte salariale pour la partie résiduaire du contrat que la travailleuse disponible aurait pu remplir. Pour prendre la mesure réelle des désavantages imposés aux travailleuses enceintes, il faut en plus évaluer l'impact de la perte des avantages reliés à l'emploi, dans la perspective du retard à long terme dans la progression en emploi. Dans cette perspective, le non-renouvellement du contrat de travail équivaut à une rupture du lien d'emploi qui a un effet aussi néfaste qu'un congédiement (entre autres perte d'ancienneté pour la sécurité d'emploi, perte d'expérience pour la détermination du salaire, non-possibilité de continuer de contribuer aux régimes d'assurance, non-possibilité de cotisation ou de rachat d'années de service aux fins du régime de retraite, etc.).

Reconnaître l'équation entre le non-renouvellement et le «renvoi» conduit nécessairement, en matière de contrat à durée déterminée, à considérer le lien d'entreprise qui s'est formé dans le temps entre l'employé contractuel et l'entreprise. Ce lien d'entreprise existe lorsque dans les faits, malgré la durée déterminée du contrat, il est possible de déterminer une relation de continuité dans la fonction visée, soit par l'existence de clauses de renouvellement ou de listes de rappel, soit par la succession de contrats obtenus, soit par l'historique de la fonction.³¹

31. *Ibid.* Les recherches de Michel Coutu ont montré que la notion de lien d'entreprise s'est imposée dans la jurisprudence sur les lois d'ordre public de protection du travail afin d'assurer la réalisation de l'objet spécifique de ces lois qui doivent être distinguées du droit civil général des contrats. Comme sélection parmi les décisions recensées dans le document de recherche précité, citons les suivantes : *Moore c. Cie Montréal Trust*, J.E. 88-1182 (C.A.) (le droit de ne pas renouveler un contrat d'emploi à durée déterminée ne doit pas être utilisé comme prétexte pour éluder l'application du recours à l'encontre d'un congédiement illégal prévu par l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*); *La commission scolaire Berthier Nord Joli c. Beauséjour*, [1988] R.J.Q. 639 (C.A.) (le non-renouvellement d'une enseignante après cinq années de contrats annuels a été considéré comme un congédiement sans cause juste et suffisante au sens de l'article 124 de la *L.N.T.*); *École Weston Inc. c. Le tribunal du travail*, [1993] R.J.Q. 708 (C.A.) (la protection de l'activité syndicale formulée par le *Code du travail* s'applique non seulement au congédiement mais aussi au non-renouvellement de

La notion de lien d'entreprise a été développée par la doctrine française. Les auteurs Brun et Galland la définissent comme une métamorphose des contrats de travail à durée déterminée en un seul contrat à durée indéterminée :

«Si une série de contrats à durée déterminée se succèdent, ils s'enchaînent les uns aux autres en raison de la continuité de l'activité du salarié dans l'entreprise et ils forment alors, suivant l'expression même d'un arrêt de la Cour de cassation, " un ensemble d'une durée indéterminée " entraînant l'attribution au salarié des indemnités de rupture. Cette solution ne manque pas de hardiesse car chacun des contrats - et le dernier comme les autres - appartient à la famille des contrats à durée déterminée. Mais dans l'optique de l'entreprise, il en va différemment. Le lien d'entreprise coordonne les rapports de travail du salarié depuis son entrée jusqu'à son départ : il les enveloppe dans une même chrysalide, si bien qu'une métamorphose se produit : les contrats successifs à durée déterminée se transforment en un seul contrat à durée indéterminée.»³²

Bien que la jurisprudence en matière de discrimination n'ait pas relevé l'intérêt de considérer le non-renouvellement de contrat de travail à durée déterminée comme un renvoi discriminatoire plutôt que comme un refus d'embauche discriminatoire, et bien qu'elle ne fasse pas expressément référence à la notion de lien d'entreprise, on peut d'ores et déjà considérer que c'est cette approche qui est implicitement appliquée par les tribunaux, notamment dans les cas de non-réengagement des travailleuses enceintes.

Dans le cadre d'un recours pour discrimination illicite fondée sur la grossesse, on doit poser la question suivante : le contrat de la travailleuse enceinte aurait-il été renouvelé n'eût été de la discrimination fondée sur la grossesse?

contrat de travail à durée déterminée). A plus forte raison, la notion de lien d'entreprise doit être appliquée dans le cadre de l'interprétation de la Charte. En effet, non seulement la Charte est une loi d'ordre public, mais elle possède en plus un statut de primauté de sorte qu'il convient d'autant plus de la distinguer du droit civil général des contrats et de donner une interprétation large aux protections qu'elle accorde.

32. A. Brun et H. Galland, *Droit du travail*, t. 1, 2e éd., Paris, Sirey, 1978 à la p. 803.

À ce jour, l'arrêt *Mongrain*³³ de la Cour d'appel fédérale a créé un précédent en matière d'obligation d'accommodement en énonçant le droit au renouvellement d'un contrat de travail même lorsque la travailleuse enceinte est déjà en congé de maternité, et par conséquent, n'est pas immédiatement disponible.³⁴ Bien que la Cour d'appel ne se réfère pas explicitement au concept de lien d'entreprise, elle en fait une application pratique dans le contexte de la prohibition de la discrimination. La Cour devait considérer des contrats successifs dépourvus de priorité de rappel, mais qui donnaient droit à l'inscription sur une liste de disponibilité et à l'acquisition de la permanence aux occasionnels qui totalisaient cinq années de travail. La Cour d'appel a jugé que le non-renouvellement du contrat de la travailleuse enceinte était d'autant plus préjudiciable qu'elle perdait les avantages liés au mécanisme d'acquisition de la sécurité d'emploi.

À notre avis, dans l'examen des règles de disponibilité invoquées au soutien du non-renouvellement du contrat de travail on doit chercher tous les indices de l'existence d'un lien d'entreprise. Or il est reconnu que la situation de contrats successifs, surtout lorsqu'elle donne droit à des avantages tels qu'une sécurité relative d'emploi (droits de priorité ou accumulation d'années de service pour l'acquisition de la permanence) ou des avantages sociaux (maintien du droit de cotiser au régime d'assurance-invalidité ou au régime de pension, report des semaines de vacances, etc.), démontre l'existence d'un lien d'entreprise.

Ce lien d'entreprise, présent dans l'arrêt *Mongrain*, a permis d'établir l'ampleur des pertes actuelles et futures de la travailleuse enceinte. Cette démarche a le mérite de faire ressortir les désavantages concrets que la travailleuse subit lors de la rupture de son contrat de travail. C'est en effet en prenant en considération les désavantages que cause à Madame Mongrain la règle de disponibilité au travail que la Cour a conclu qu'il en résultait un effet discriminatoire lié à la grossesse, qui doit être corrigé par une mesure

33. *Supra* note 7.

34. Pour un exemple de non-renouvellement de contrat à cause d'un congé à venir, voir l'affaire Jenner, *supra* note 7 : le refus de réembaucher une travailleuse saisonnière enceinte, qui avait travaillé dans le snack bar d'un club de golf l'année précédente, parce qu'elle ne serait pas disponible toute la saison.

d'accommodement. La Cour reconnaît le droit à l'accommodement comme correctif à la situation de discrimination et comme moyen d'établir l'égalité dans l'emploi. Elle a en effet conclu que la travailleuse avait droit au renouvellement de son contrat malgré le fait qu'elle était non disponible pour toute la durée du contrat, puisque l'employeur aurait pu accommoder son besoin de s'absenter du travail sans subir de contrainte excessive.

On peut retenir de l'arrêt *Mongrain* que la règle de disponibilité dont l'effet est d'empêcher le renouvellement du contrat de travail et de faire perdre les avantages liés à l'emploi crée une discrimination fondée sur la grossesse. Bien que neutre en apparence, la règle de disponibilité a un effet discriminatoire; elle ne constitue pas une qualité requise par l'emploi, puisqu'elle peut donner lieu à une mesure d'accommodement sans contrainte excessive, soit le renouvellement du contrat avec le remplacement de la travailleuse en congé de maternité.

Cette question est actuellement soumise à la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Commission scolaire du Lac-Saint-Jean c. Caron*.³⁵ Dans cette affaire, l'employeur n'a pas respecté la liste de rappel et a refusé de réengager une enseignante pour l'année scolaire suivante car elle devait accoucher au début des cours. La Cour supérieure a maintenu la décision de l'arbitre selon laquelle l'exigence de disponibilité immédiate formulée par l'employeur était indirectement discriminatoire et que celui-ci n'avait pas satisfait à son devoir d'accommodement.³⁶

35. *Supra* note 2.

36. Comme décision ayant écarté en vertu d'autres considérations d'ordre public l'exigence de disponibilité immédiate, nous pouvons citer par analogie l'affaire *Écoles musulmanes de Montréal c. Dupuis*, D.T.E. 92T 972 (T.T.), où le tribunal du travail a décidé que l'enseignante avait été victime d'un non-renouvellement de contrat équivalent à un congédiement parce qu'elle était enceinte, le tout contrairement à la protection accordée par l'article 122 de la L.N.T. Le principe retenu est qu'il est clairement établi qu'un non-renouvellement de contrat peut équivaloir à un congédiement dans le contexte de l'exercice par la salariée d'un droit protégé par la Loi. A plus forte raison, l'exigence de disponibilité au travail peut être écartée lorsqu'elle crée une discrimination fondée sur la grossesse contrairement aux prescriptions de la *Charte*.

Selon la Cour, la Commission scolaire n'a pas démontré que le fait d'accorder un contrat à temps partiel à une femme enceinte, non immédiatement disponible, lui créait un fardeau plus lourd que celui d'accorder un contrat à temps partiel à une femme enceinte immédiatement disponible, mais qui devra dans l'avenir être remplacée au moment de son accouchement. La Cour a conclu qu'elle ne pouvait qualifier d'excessives les contraintes que l'employeur s'était lui-même engagé à respecter dans une convention collective qui prévoit que les détenteurs de contrats à temps partiel bénéficient des droits parentaux (ajoutons qu'il en va de même des droits parentaux prévus dans la *Loi sur les normes du travail*). En conséquence, la Cour a ordonné à la Commission scolaire non seulement de rappeler la salariée et de lui attribuer le contrat d'enseignement auquel elle avait droit, mais aussi de lui verser les indemnités de congé de maternité à la date du début des cours (il est s'agit ici des indemnités accordées en supplément des prestations d'assurance-emploi liées à la grossesse).³⁷

Un autre jugement de la Cour supérieure, *Gobeil c. Ménard*, éclaire le vrai problème, à savoir que l'on ne peut dissocier la non-disponibilité temporaire pour des raisons de maternité de la grossesse comme motif prohibé de discrimination.³⁸ La Cour supérieure a en effet reconnu le lien intrinsèque entre la question de la disponibilité et la grossesse, et en a tiré la conclusion suivante : si la travailleuse est non disponible pour un motif énuméré dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, la priorité de rappel est un droit qui se trouve compromis indirectement et qui doit faire l'objet, par conséquent, d'une protection. Plusieurs sentences arbitrales ont également clairement établi le lien

37. Par analogie, citons un précédent récent de la Cour d'appel, *Syndicat de l'enseignement du Lac-Saint-Jean c. Commission scolaire du Lac Saint-Jean* (le 13 février 1998) Québec 200-09-000070-943 (C.A.), dans lequel la Cour, sans décider du bien fondé de l'interprétation arbitrale, a jugé que l'interprétation selon laquelle une commission scolaire doit octroyer un contrat à une personne inscrite sur une liste de rappel et lui verser ensuite ses prestations d'assurance-salaire, même lorsque cette dernière est malade et n'est pas immédiatement disponible, était raisonnable. Ce raisonnement s'applique à plus forte raison lorsque la non-disponibilité immédiate est reliée à l'une des caractéristiques de la grossesse comme motif de discrimination.

38. *Gobeil*, *supra* note 2.

indissociable entre la non-disponibilité, le refus de renouvellement de contrat de travail et le motif discriminatoire que constitue la grossesse.³⁹

Il existe toutefois une sérieuse controverse sur cette question. Quelques décisions de la Cour supérieure rejettent des demandes d'évocation à l'encontre de sentences arbitrales portant sur des faits de même nature, et dans lesquelles la Cour a reconnu l'absence d'obligation de renouveler le contrat de travail lorsque la travailleuse enceinte n'était pas disponible.⁴⁰ Ces décisions s'appuient sur une conception étroite de la notion civiliste de contrat de travail à durée déterminée; elles font preuve d'un formalisme juridique excessif et nuisent à la protection du droit à l'égalité dans l'emploi. S'il est vrai qu'il n'y a plus de lien contractuel au sens du Code civil du Québec durant la période entre deux contrats de travail, au regard du droit à l'égalité garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*, il y a lieu d'examiner la question de savoir

39. Parmi les sentences arbitrales qui se sont prononcées en faveur du renouvellement du contrat malgré le fait que la travailleuse enceinte n'aurait pas une pleine disponibilité pour toute la durée du contrat, citons les suivantes : *Syndicat de l'enseignement de Saint-Jérôme c. Commission scolaire de Saint-Jérôme*, S.A.E. 5110-91-5632 (Me Bernard Lefèvre) : devant le refus de la commission scolaire d'accorder un contrat à temps partiel et la décision de ne rémunérer l'enseignante que sur la base du taux horaire, et cela, au motif que l'enseignante n'était pas disponible, parce qu'elle devait prochainement interrompre le travail pour un congé de maternité, l'arbitre a conclu que dire qu'une formule d'engagement d'une femme enceinte qui accouche est basée sur sa non-disponibilité et non pas sur son état de grossesse, équivaut à scinder la cause de l'effet alors qu'en réalité il existe une relation parfaite entre la non-disponibilité et la cause qui est à son origine, soit la grossesse); *Syndicat de l'enseignement de la région des Mille-Iles c. Commission scolaire de Saint-Eustache*, S.A.E. 5310-88-5156 (arbitre Angers Larouche) : face à la mise à pied d'une travailleuse enceinte parce qu'elle ne serait pas disponible, puisqu'elle devait s'absenter pour cause de maternité, l'arbitre a constaté le fait indéniable que l'on ne peut détacher l'indisponibilité de sa cause, à savoir la grossesse, et il en a tiré la conclusion logique qu'elle a été mise à pied en raison de sa grossesse.

40. Voir notamment les décisions suivantes : *Syndicat du personnel de l'enseignement du Nord de la capitale c. Morin* D.T.E. 94T-768 (C.S.) (en appel) : la Cour a jugé qu'il était légitime que l'employeur refuse de renouveler le contrat d'une enseignante contractuelle, compte tenu qu'elle n'était pas disponible pour le travail puisque'elle serait en congé de maternité après avoir accouché en juillet, alors que son contrat avait pris fin en juin; Musée de la civilisation, *supra* note 2 : compte tenu de la fin du dernier contrat et de la non-disponibilité de la travailleuse qui était en congé de maternité, l'employeur ne lui a pas octroyé le plein contrat qu'il a scindé en deux pour en offrir un à une autre personne pendant la durée du congé, ce qui lui a fait perdre le droit aux indemnités de maternité.

si la travailleuse enceinte aurait obtenu un renouvellement, n'eût été de sa non-disponibilité résultant de sa grossesse. Or, c'est précisément à cette étape de l'appréciation judiciaire que l'examen de la notion de lien d'entreprise peut permettre d'établir une preuve par présomption de fait. Soit dit en passant, en l'absence de preuve de lien d'entreprise, auquel cas on ne peut parler de renvoi discriminatoire, il n'est pas exclu que l'on puisse se trouver en présence d'un refus d'embauche discriminatoire.

Quant au Tribunal des droits de la personne, il s'est prononcé en faveur du droit au renouvellement du contrat de travail dans la décision *C.D.P.Q. c. Commission scolaire de Jean-Rivard*.⁴¹ Une enseignante, qui avait enseigné les sciences religieuses à temps partiel pendant un an et qui était inscrite sur une liste d'éligibilité mais sans bénéficier de priorité de rappel, s'est vue refuser un contrat pour l'année qui suivait en raison du fait qu'elle s'absenterait durant une partie de l'année scolaire étant donné qu'elle était enceinte.

Dans cette affaire, bien que la Commission scolaire alléguait un motif licite, à savoir qu'elle avait donné le contrat à une enseignante plus compétente, et qu'elle ne plaidait pas la défense de contrainte excessive, nous n'en devons pas moins prendre en considération la réserve du directeur d'école qui avait déclaré qu'il s'opposait à ce «que les élèves changent de professeur durant l'année». Cette déclaration de politique interne renvoie explicitement à la question du remplacement comme mesure d'accommodement des enseignantes enceintes qui s'absentent pour un congé de maternité. Or, on conçoit difficilement que ce type de remplacement puisse représenter une contrainte excessive pour l'employeur, car tout au long de l'année scolaire la commission scolaire procède régulièrement au remplacement des enseignants qui s'absentent, notamment pour des congés d'invalidité, sans que cela ne pose de problèmes insurmontables de gestion.

41. C.D.P.Q., *supra* note 2. Quant à la décision *C.D.P.Q. c. Commission scolaire de l'Outaouais* (le 10 février 1998), Hull 550-000003-973 (T.D.P.Q.), M. le juge Simon Brossard, il s'agit d'un cas d'espèce où le Tribunal a jugé que la preuve était insuffisante pour tirer une inférence qui aurait permis d'établir une présomption de fait que la travailleuse aurait eu le contrat n'eût été de sa grossesse.

Sur le plan de la théorie du droit à l'égalité sans discrimination, la décision *Commission scolaire de Jean-Rivard* a le mérite de situer la défense de contrainte excessive dans le cadre de la défense relative aux qualités requises par l'emploi prévue à l'article 20 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Le Tribunal a, en effet, décidé qu'il appartenait à l'employeur de faire la preuve que son obligation d'accommodement raisonnable ne pouvait être remplie sans qu'il subisse de contrainte excessive et qu'il ne pouvait s'y soustraire qu'en suivant les modalités prévues à l'article 20 de la Charte.

L'arrêt *Mongrain* de la Cour d'appel fédérale, le jugement *Commission scolaire du Lac-Saint-Jean* de la Cour supérieure et la décision *Commission scolaire de Jean-Rivard* du Tribunal des droits de la personne ont une caractéristique en commun : les faits montrent qu'il existait un lien d'entreprise en vertu duquel les travailleuses enceintes auraient dû obtenir le renouvellement de leur contrat de travail. On peut alors se demander pourquoi il faudrait renouveler le contrat d'une travailleuse qui n'est pas disponible. Ne crée-t-on pas alors tout simplement une fiction juridique? Nous répondrons tout au contraire qu'il s'agit avant tout d'accorder les impératifs de la protection du droit à l'égalité dans l'emploi à la réalité vécue par les travailleuses enceintes.

Ainsi, dans toutes les situations de renvoi discriminatoire où il est possible d'établir l'existence d'un lien d'entreprise, l'application de la notion civiliste de contrat de travail à durée déterminée doit céder le pas à l'application de la notion de renvoi de la *Charte des droits et libertés de la personne*. En vertu du principe selon lequel la *Charte* doit être interprétée de façon large et libérale, en fonction de son objet, soit la protection des droits et libertés, au nombre desquels figure le droit à l'égalité dans l'emploi, il importe de maintenir au bénéfice des travailleuses enceintes les droits et les avantages normalement rattachés à leur qualité d'employée, sans qu'elles n'aient à subir de désavantages en raison du fait qu'elles doivent s'absenter du travail pour cause de maternité. Nous pouvons aussi invoquer un motif tiré de la disposition préliminaire du Code civil du Québec selon laquelle le code doit être interprété en harmonie avec la Charte.

En réponse à ceux qui ne voient qu'une simple fiction dans le droit au renouvellement du contrat de travail pour la période où la travailleuse enceinte

n'est pas disponible, nous soumettons que cette question doit s'apprécier en tenant compte des incidences concrètes d'un non-renouvellement quant au bénéfice des droits et avantages qui découlent de l'emploi sur l'ensemble de la carrière des travailleuses. En pratique, dans de nombreux cas, le non-renouvellement d'un contrat de travail implique la perte de droits et avantages rattachés au statut d'employé contractuel et qui sont aussi importants que l'inscription sur des listes de disponibilité, le rang de priorité sur les listes de rappel, la durée du service continu pour l'acquisition de la permanence, le droit aux indemnités supplémentaires, etc. La perte de ces droits durant le congé de maternité se traduit pour les travailleuse enceintes par un recul réel sur le plan de leur progression en emploi.

Par ailleurs, compte tenu que les conséquences du non-renouvellement d'un contrat de travail se répercutent sur les droits de la travailleuse enceinte pour le reste de sa carrière, nous ne pouvons retenir, comme constituant un accommodement raisonnable, la pratique de scinder le contrat en deux parties et de confier l'autre partie à une autre travailleuse pendant le congé de maternité de la travailleuse enceinte, pour octroyer à cette dernière un nouveau contrat lorsqu'elle sera disponible après son congé de maternité.⁴² La scission du contrat a pour effet de faire perdre non seulement le salaire pour la période résiduaire du contrat où la travailleuse aurait été disponible, mais aussi les avantages immédiats de l'emploi durant le congé (par exemple, l'indemnité supplémentaire de maternité) et également les avantages à long terme (telle l'ancienneté, particulièrement si le cumul des années conduit à un poste permanent).

Afin de permettre de déterminer l'existence d'un lien d'entreprise entre l'employé contractuel et l'employeur, le document de recherche intitulé *les Lignes directrices sur la discrimination fondée sur la grossesse* de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse propose de tenir compte à la fois d'indices formels présents dans les clauses du contrat et d'indices matériels tirés de l'historique de la relation contractuelle et de l'historique de la fonction. Voici en résumé la démarche proposée :

42. Cette solution critiquable parce qu'elle ne répond pas aux besoins de la travailleuse enceinte a été mise de l'avant dans Musée de la civilisation, *supra* note 2.

«Par indices formels, nous entendons ici les clauses que comporte le contrat d'emploi : en particulier, la clause de renouvellement automatique sauf avis contraire, lorsqu'interprétée dans une perspective non formaliste, constitue un bon indice de la volonté de l'entreprise de conférer, au-delà du terme stipulé, un caractère de continuité à la fonction. Les indices matériels découlent pour leur part de la situation concrète, indépendamment des clauses du contrat, qui sous-tend la relation existant entre la salariée et l'employeur : l'on attachera ici de l'importance, le cas échéant, non seulement à l'historique des relations liant la salariée à l'entreprise, mais également à l'historique de la fonction ou du poste même, à l'attitude de l'entreprise après le renvoi ou le refus d'embauche, à la comparaison de la situation de la salariée avec celle de collègues de travail remplissant une tâche similaire, etc.

Il y aura donc présence d'un lien d'entreprise :

a) lorsque la salariée a bénéficié d'une succession de contrats à durée déterminée (même s'il y a eu interruption, par exemple en cas de contrats saisonniers), de sorte que le rattachement de la salariée à l'entreprise s'apparente dans les faits à une relation à durée indéterminée;

ou

b) lorsque la fonction assumée, considérée d'une manière objective c'est-à-dire indépendamment de l'historique des relations contractuelles entre l'employeur et la salariée, revêt dans les faits un degré suffisant de continuité, qui l'apparente davantage à un emploi à durée indéterminée qu'à un poste purement temporaire.»⁴³

Il nous apparaît que la notion de lien d'entreprise, empruntée à l'interprétation des lois de protection du travail, s'accorde d'autant plus harmonieusement avec l'interdiction de la discrimination dans l'emploi comme

43. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, par Michel Coutu et Maurice Drapeau), *Lignes directrices sur la discrimination fondée sur la grossesse*, 1994, Cat. 120-15.

règle d'ordre public, que la portée du terme de l'article 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne* est suffisamment large pour couvrir les situations de non-renouvellement de contrat de travail à durée déterminée. La présence d'un lien d'entreprise permet alors de dire que, n'eût été de la discrimination, le contrat aurait été renouvelé. En outre, compte tenu de l'existence d'un lien d'entreprise, le fardeau de la preuve de l'employeur pour établir qu'il a satisfait à l'obligation d'accommodement sans contrainte excessive sera d'autant plus difficile à remplir que l'on considère que la salariée avait droit au renouvellement de son contrat, assorti de mesures d'accommodement pour la période du congé de maternité.

Quant à l'effet du lien d'entreprise sur le fardeau de la preuve d'une contrainte excessive, on trouve énoncé de qui suit dans les *Lignes directrices* de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse :

«Lorsque la présence d'un lien d'entreprise est établie, la preuve d'une contrainte excessive demeure fort exigeante, puisque le non-octroi du contrat correspond en réalité à une rupture du lien d'emploi. En effet, la situation de la salariée à contrat d'une durée déterminée s'assimile en ce cas, au regard de la Charte des droits et libertés de la personne et du droit public en général, à celle d'une salariée s'inscrivant dans une relation d'emploi à durée indéterminée. Dans un grand nombre de cas, l'employeur devra donc se conformer, en dépit du terme déterminé stipulé au contrat, à une obligation d'accommodement raisonnable.»⁴⁴

44. *Ibid.*

En conclusion, le fait d'interpréter la notion de renvoi discriminatoire en prenant en considération l'existence d'un lien d'entreprise dans le cas d'employés contractuels ou sur appel est conforme aux objectifs de la *Charte des droits et libertés de la personne* dont l'objet est de protéger les personnes indépendamment de leur statut d'emploi.

III. LE DROIT DES FEMMES ENCEINTES DE S'ABSENTER DU TRAVAIL

Le droit des femmes enceintes de s'absenter du travail se rattache à deux sources légales : l'obligation d'accommodement dicté par la *Charte des droits et libertés de la personne* et le droit au congé de maternité consacré par la *Loi sur les normes du travail*.

A. UN ACCOMMODEMENT DICTÉ PAR LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'EMPLOI SANS DISCRIMINATION FONDÉE SUR LA GROSSESSE

Est-il nécessaire de dire que le principal besoin lié à l'état de grossesse d'une travailleuse est celui de s'absenter du travail soit pour des examens, soit pour des raisons de santé liées à la grossesse (que ce soit en vertu du droit au retrait préventif ou de l'assurance- invalidité), soit pour le congé de maternité prévu à la fois pour des raisons de santé et pour prendre soin du nouveau-né. Ce besoin de s'absenter du travail peut entrer en conflit avec les règles d'emploi exigeant d'être disponible pour la durée du contrat, qu'il s'agisse de la règle de disponibilité immédiate ou de la règle de disponibilité future.

Le caractère particulier du besoin de s'absenter du travail pour cause de grossesse a été reconnu par la Cour supérieure dans la décision *Commission scolaire du Lac Saint-Jean*.⁴⁵

Bien qu'on puisse considérer que l'exigence d'un employeur d'avoir des employés immédiatement disponibles et prêts à accomplir

45. *Supra* note 2.

l'intégralité de la prestation de travail à laquelle ils s'engagent soit raisonnable et valable dans la majorité des cas, il faut bien reconnaître que l'absence pour cause de grossesse jouit d'un statut particulier.

La décision *Commission scolaire du Lac-Saint-Jean* reprend le principe posé dans les arrêts *Brooks* et *Mongrain* selon lequel l'absence pour cause de grossesse a le statut d'un droit.

Le Tribunal des droits de la personne du Québec a fait preuve d'originalité dans la décision *Lingerie Roxanna*⁴⁶ en reconnaissant le droit à l'accommodement en matière de discrimination fondée sur la grossesse. Les faits sont relativement simples : en raison des examens prénataux qu'elle devait subir la travailleuse, une opératrice couturière, arrivait en retard ou ne pouvait se présenter au travail; bien qu'elle avisait son contremaître à l'avance, l'employeur insatisfait l'a congédiée. Le Tribunal a examiné la portée particulière de l'interdiction de la discrimination en emploi fondée sur la grossesse et a conclu au caractère inhérent de l'obligation d'accommodement reliée à l'exercice effectif du droit à l'égalité dans ce contexte :

«Le critère de grossesse commande une telle interprétation de l'accommodement raisonnable. Une femme enceinte, de par sa condition, doit dans certains cas être accommodée par son employeur pour exercer son travail. Sans accommodement, cette employée pourra, dans certaines situations, être forcée de faire un choix entre le maintien de son emploi et la protection de sa santé. Les femmes enceintes doivent donc pouvoir être accommodées pour certaines fins particulières reliées à leur état de grossesse.»

Parmi les exemples cités par le tribunal, on retrouve «la possibilité de s'absenter et les congés sans solde», ce qui, il va sans dire, inclut le droit au congé de maternité :

46. *C.D.P.Q. c. Lingerie Roxanna*, [1995] R.J.Q. 1289 (T.D.P.Q.) Mme le juge Rivet) [ci-après *Lingerie Roxanna*].

Le transfert temporaire à un emploi plus sécuritaire, le temps partiel, les heures flexibles, le droit de refuser de faire du temps supplémentaire, la possibilité de s'absenter et les congés sans solde sont quelques-unes des modalités que pourraient considérer les employeurs au sujet de l'accommodement des femmes enceintes.

Dans son approche nouvelle, le Tribunal reconnaît l'accommodement comme une composante intrinsèque du droit à l'égalité, d'où il résulte que l'absence d'accommodement peut être constitutive de discrimination.⁴⁷ L'accommodement n'est plus considéré comme un simple moyen de défense soulevé uniquement après le fait discriminatoire; le refus d'accommoder devient lui-même un acte constitutif de discrimination. À partir de là, on peut conclure que l'obligation d'accommodement existe aussi dans les cas de discrimination directe.

De même, dans la décision *C.D.P. (Sasseville) c. Commission scolaire de Jean-Rivard*,⁴⁸ le Tribunal a décidé que le refus de l'employeur de renouveler le contrat d'une enseignante contractuelle était fondé sur la grossesse parce qu'elle aurait à s'absenter durant une partie de l'année scolaire. Selon le Tribunal, il appartenait à l'employeur de faire la preuve que son obligation d'accommodement raisonnable ne pouvait être remplie sans qu'il subisse de contrainte excessive.

B. LE DROIT AU CONGÉ DE MATERNITÉ COMME ACCOMMODEMENT LÉGAL PRESCRIT PAR LA LOI SUR LES NORMES DU TRAVAIL

Afin de permettre aux travailleuses de concilier emploi et maternité, la *Loi sur les normes du travail* consacre le droit au congé de maternité (actuellement, un congé sans solde de dix-huit semaines). Le droit au congé de maternité est défini comme une absence du travail destinée à donner naissance à un enfant sans qu'il y ait perte d'emploi. Cette mesure sociale constitue un accommodement légal qui reconnaît la contribution des femmes à l'ensemble

47. *Ibid.*, citant sa décision dans *C.D.P.Q. c. Ville de Montréal*, [1994] R.J.Q. 2097, 2104 (T.D.P.Q.) Mme le juge Rivet.

48. *Supra* note 2.

de la société, en s'assurant qu'elles ne soient pas les seules à assumer les coûts liés à la maternité.

La principale protection qui découle du droit au congé de maternité est le droit de retour au travail avec le maintien des avantages de l'emploi; l'article 81.15 de la *Loi sur les normes du travail* impose à l'employeur l'obligation de réintégrer la salariée dans son poste habituel à l'expiration du congé avec les mêmes avantages, y compris le salaire auquel elle aurait droit si elle était restée au travail. L'article 122 de la *Loi sur les normes du travail* interdit expressément que soient invoquées le fait qu'une salariée soit enceinte ou le fait qu'elle se soit prévalu du congé de maternité pour la congédier, la suspendre, la déplacer ou lui imposer des mesures discriminatoires, des représailles ou toute autre sanction. Contrevenir à cette disposition constitue un acte illicite à l'encontre duquel la loi prévoit un recours spécifique.⁴⁹

Cependant, comme il faut avoir le statut d'employé pour avoir droit au congé de maternité et au recours pour congédiement illégal, le recours de la *Loi sur les normes du travail* ne peut pas toujours être exercé. Il en est ainsi, lorsque la travailleuse est candidate à l'embauche, ou dans le cas des employées à statut précaire, notamment des employées contractuelles en période de renouvellement de contrat, ou des employées sur appel en situation de mise à pied. C'est dans de semblables situations que le recours pour discrimination prévu par la *Charte des droits et libertés de la personne* semble être le plus approprié. Ajoutons que même dans les circonstances où un recours en vertu de la *Loi sur les normes du travail* pourrait être considéré, le recours pour discrimination illicite demeure ouvert et peut même offrir l'avantage d'examiner la question sous l'angle d'une atteinte au droit à l'égalité.

49. Pour des précisions sur le droit au congé de maternité et sur le recours pour acte illicite, voir N.-A. Beaulieu, *La situation juridique de la femme enceinte au travail*, Cowansville, Yvon Blais, 1993.

C. LA PREUVE D'UNE CONTRAINTE EXCESSIVE

Le fardeau de démontrer que l'exigence de disponibilité ne peut faire l'objet d'aucun accommodement sans contrainte excessive repose sur l'employeur.⁵⁰ En matière de disponibilité au travail, on trouve dans les *Lignes directrices* de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse plusieurs critères objectifs pour mesurer la contrainte résultant de l'obligation d'accommodement, notamment :

- les facteurs liés à la possibilité d'assurer le remplacement pendant le congé de maternité, tels la taille de l'entreprise, l'interchangeabilité des effectifs ou l'existence d'un bassin de recrutement;
- la durée plus ou moins longue du contrat de travail par rapport à certaines contraintes, telles que le caractère saisonnier, la nécessité d'une formation, etc.
- le coût financier des remplacements.⁵¹

En cours d'emploi, on peut difficilement imaginer que l'employeur pourrait invoquer que le congé de maternité et le remplacement de l'employée lui imposent une contrainte excessive puisque le législateur leur confère le statut d'accommodement légal. Ainsi, la reconnaissance du droit au congé de maternité dans la *Loi sur les normes du travail*, signifie que la contrainte n'est pas excessive. Nous assumons qu'il en va de même dans les cas de renouvellement du contrat à durée déterminée, puisque la situation de la salariée enceinte peut être assimilée à celle de toute employée régulière, lorsque son contrat à durée déterminée aurait été renouvelé n'eût été de la discrimination.

Ainsi, dans l'arrêt *Mongrain*, la Cour d'appel fédérale jugea que l'employeur n'avait pas prouvé qu'il avait rempli son obligation d'accommodement. Selon la Cour d'appel, le tribunal était fondé de conclure

50. Comme l'a décidé la Cour suprême dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489 et *Central Okanagan School District c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970.

51. *Supra* note 43.

que l'accommodement sous forme d'un congé de maternité ne pouvait devenir une contrainte excessive pour l'employeur.

«En fait tout ce qu'a demandé Mme Mongrain était un congé sans solde d'exactly la même nature que celui dont elle avait déjà bénéficié. Dans ces circonstances, il m'est impossible d'imaginer quelle sorte de contrainte, même minimale, cela pourrait causer à l'employeur et la preuve n'en révèle aucune.»

Nous sommes d'avis que le même raisonnement peut fréquemment être appliqué à la situation des employées à statut précaire au moment du renouvellement de leur contrat ou de leur rappel au travail. Dans ces circonstances, la preuve de contrainte excessive paraît incongrue devant l'obligation d'accommodement sous forme d'un congé de maternité qui fait l'objet d'une mesure législative prévue dans la *Loi sur les normes du travail* et dont bénéficient déjà les employées régulières ou permanentes titulaires de la sécurité d'emploi.

Dans cette perspective il nous apparaît que, dans la décision *Commission scolaire du Lac-Saint-Jean*, la Cour supérieure était tout à fait fondée d'adopter un raisonnement similaire en considérant que la preuve n'avait pas été faite que l'octroi d'un contrat à temps partiel à une femme enceinte, non immédiatement disponible, créait à l'employeur un fardeau plus lourd que de l'accorder à une femme enceinte immédiatement disponible, même si elle devra être remplacée au moment de son accouchement.

Sur ce point, nous sommes en désaccord avec la décision rendue dans l'affaire *Bonetti*,⁵² la commissaire ayant retenu que le maintien d'une travailleuse enceinte à son poste aurait constitué une contrainte excessive. D'une part, la décision s'appuie sur la notion américaine de «nécessité d'affaire», qui offre un critère moins strict que celle de contrainte excessive. D'autre part, avant de se prononcer sur le degré de contrainte, il eût fallu examiner les possibilités d'accommodement, et en particulier, le remplacement durant le congé de maternité par la personne qui a été choisie pour prendre la place de la travailleuse enceinte rétrogradée de son poste.

52. *Supra* note 20.

CONCLUSION : L'ADAPTATION DU MONDE DU TRAVAIL À LA PRÉSENCE DES FEMMES

L'interprétation juridique de la discrimination fondée sur la grossesse, notamment de celle résultant des règles de disponibilité au travail, doit répondre aux attentes sociales créées par l'évolution du marché du travail où la présence des femmes est de plus en plus marquée. Autres temps, autres mœurs. À nouvelle réalité sociale, nouvelle réalité juridique. Les absences temporaires pour des raisons de grossesse doivent être considérées comme faisant irrémédiablement partie de la nouvelle réalité du monde du travail à laquelle les employeurs n'ont d'autre choix que de s'adapter.

L'interdiction de la discrimination fondée sur la grossesse joue donc un rôle capital dans la protection de l'emploi des travailleuses enceintes, et plus particulièrement de celles qui ont un statut précaire d'emploi. La protection du droit à l'égalité dans l'emploi sans discrimination sert, en quelque sorte, de pont pour assurer en toute sécurité le passage de l'emploi à la maternité et le retour de la maternité à l'emploi, sans que les travailleuses ne subissent de désavantages du fait des besoins caractéristiques de leur grossesse.

Par conséquent, la prise en compte des besoins spécifiques des employées afin de leur permettre d'allier travail salarié et maternité implique impérativement que soient mises en oeuvre des mesures d'accommodement leur garantissant le droit de s'absenter du travail sans être désavantagées dans leur emploi. L'enjeu social est de taille : c'est, ni plus ni moins, du droit des femmes à l'égalité dans l'emploi qu'il est question.

Par implication nécessaire, les employeurs ne peuvent tout simplement pas refuser d'embaucher, ou encore, renvoyer des femmes pour le motif qu'elles prendront éventuellement un congé de maternité; ils ont une obligation légale de respecter leur droit à la différence en prenant des mesures pour répondre à leur besoin de s'absenter du travail. Et compte tenu du droit au congé de maternité et de la protection de l'emploi qui l'accompagne, il est difficile d'imaginer des exceptions à ce principe en cours d'emploi. La seule exception pourrait advenir dans une situation où l'employeur, lors de l'embauche initiale, ferait que la présence immédiate au travail et la disponibilité pour un temps

(1997-98) 28 R.D.U.S.	<i>La discrimination fondée sur la grossesse résultant des règles de disponibilité au travail</i>	255
-----------------------	---	-----

défini constituent dans les circonstances une qualité requise par l'emploi qui ne peut faire l'objet d'aucun accommodement sans que celui-ci n'impose de contraintes excessives à l'entreprise.